Der
gegenseitige Regreß mehrerer Sicherheitssteller
für dieselbe Forderung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Barkhausen
Referendar in Berlin.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0103

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Der gegenseitige Regreß gleichartiger Sicherungsverpflichteter

A. Der Mitbürgenregreß 3

B. Der gegenseitige Regreß zwischen mehreren dritten Pfandeigentümern 11

1. Der gegenseitige Regreß zwischen den dritten Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke 13

2. Der gegenseitige Regreß zwischen den dritten Eigentümern mehrerer als Pfand bestellter beweglicher Sachen 16

II. Der gegenseitige Regreß ungleichartiger Sicherungsverpflichteter 29

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. 6. Aufl. 1868.

Becker, Die cessio legis im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung der einzelnen Anwendungsfälle. Diss. Greifswald 1903.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1904.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 Heft 1.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl.

Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Jahrg. 48 Heft 2 und 3.

Breit, Lehrbuch der Pandekten.

Burchard, Die Stellung der Mitbürgen nach römischem, gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht. Diss. Rostock 1903.

Cohen, Erörterungen des § 774 unter Berücksichtigung seiner geschichtlichen Grundlagen. Diss. Greifswald 1904.

Corpus iuris civilis. ed. Krüger-Mommsen. 8. Aufl.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1900.

Decke, Die sogen. cessio legis. Diss. Greifswald 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg, Pandekten.

Dernburg, Pfandrecht.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 3. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5., 8. und 9. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer und Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 4. Aufl.

Gai institutionum iur. civ. commentarii IV. ed. Huschke. 3. Aufl.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1850.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1873.

Keil, Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum. 1880.

Knorr, Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrecht Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 38.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte. 1904.

Koch, Allgemeines Landrecht mit Kommentar in Anmerkungen. 1886.

Kremer, Die Mitbürgschaft. Mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. 1902.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1900.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. In Thüringischen Blättern für Rechtspflege Bd. 51.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. und 4. Aufl.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2 u. 3.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 1836.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Oßwald, Der sogenannte gesetzliche Forderungsübergang. Diss. Leipzig 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1., 2. und 3. Aufl. Bd. 3.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Puchta, Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Riedel, Das Bürgerliche Gesetzbuch im Vergleich mit dem preußischen Recht. 1897.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. 1851.

Scherer, Die 5 ersten Jahre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.

Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.

Stampe, Von der Lehre der Abtretung der Vindikation. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 80.

Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers. In der Deutschen Juristenzeitung 8. Jahrg.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.

Walter, Die Fälle des beneficium cedendarum actionum und ihre juristische Natur. Diss. Breslau 1899.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. (herausgegeben von Kipp 1900).

Einleitung.

Eine immer noch im allgemeinen Wirtschaftsleben an Bedeutung zunehmende Rolle spielt seit langer Zeit der Kredit. Man versteht hierunter das Vertrauen, welches jemand genießt, daß er den ihm obliegenden Verbindlichkeiten nachkommen wird. Dieses Vertrauen beruht in erster Linie auf der den anderen bekannten Leistungsfähigkeit des Schuldners; man wird nur demjenigen ein Darlehen geben, von dem man annimmt, daß er später in der Lage sein wird, das Erhaltene zurückzuzahlen. Fehlt es an einer solchen persönlichen Kenntnis von der Sicherheit des Schuldners, so wird ihm der Gläubiger nur bei anderweiter Sicherstellung Kredit gewähren. Einem solchen Sicherungszweck dienen besonders die Rechtsinstitute der Bürgschaft und des Pfandrechts; beide gewähren dem Gläubiger einen Anhalt dafür, daß er wiedererhält, was er dem ihm unbekannten Schuldner gegeben hat.

Die Bürgschaft stellt sich als ein persönliches Einstehen eines Dritten für eine fremde Verbindlichkeit, als eine Vervielfältigung der Person des Schuldners dar. Unter dieser Schuldnermehrheit befinden sich dem Gläubiger bekannte, leistungsfähige Personen, die bereit sind, unter Umständen die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners wie eine eigene zu erfüllen. Sie bleibt auf dem Gebiet des Obligationenrechts und ist daher, da auch ein zunächst zahlungsfähiger Bürge in Vermögensverfall geraten kann, mitunter für den Gläubiger nur von zweifelhaftem Werte.

Demgegenüber erhält der Gläubiger durch das Pfand von vornherein eine reale Sicherheit und im modernen Recht hat diese Art der Sicherstellung, besonders nach Ausbildung des Liegenschaftspfandes, gegenüber der Bürgschaft an Bedeutung erheblich zugenommen.

Eine Bürgschaft kann man begrifflich nur für eine fremde Schuld übernehmen, ein Pfand dagegen auch für eine eigene Verbindlichkeit bestellen. Doch braucht bei der Sicherung durch Pfand der Besteller und Eigentümer der Pfandsache nicht notwendig der persönliche Schuldner zu sein. Man kann auch für die Schuld eines Dritten ein bewegliches oder unbewegliches Pfand bestellen und lediglich diese Art der Pfandbestellung, bei der also der Verpfänder und der persönlich haftende Schuldner verschiedene Personen sind, soll in folgendem berücksichtigt werden.

Für dieselbe Forderung können nun gleichzeitig auch mehrere Bürgschaften übernommen, mehrere Pfänder von verschiedenen dritten Eigentümern bestellt werden und schließlich können auch Bürgschaftsübernahme und Pfandbestellung hinsichtlich einer Forderung zusammentreffen. Allen diesen Forderungssicherern oder Sicherungsverpflichteten, wie sie im folgenden zusammenfassend genannt werden sollen, steht, falls sie den Gläubiger befriedigen, ein Regreß gegen den Hauptschuldner zu: einmal auf Grund des etwa zwischen ihnen und dem letzteren bestehenden internen Verhältnisses (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag) und dann auch nach der heute gleichmäßig wiederkehrenden Vorschrift, daß die Forderung des befriedigten Gläubigers auf den befriedigenden Bürgen, Hypotheken- oder Pfandbesteller übergeht.[1]) Im Anschluß hieran ergibt sich die Frage, ob mehrere verschiedenartige Sicherungsverpflichtete auch untereinander regreßberechtigt sind, mit anderen Worten, ob und in welchem

[1]) vgl. BGB. §§ 774, 1143, 1225, 412, 401.

Umfange bei Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen im Regreßwege eine Verteilung dieser Schuldlast stattfindet.

Im Gesetz befinden sich besonders für den Fall des Vorhandenseins mehrerer ungleichartiger Sicherungsverpflichteter für dieselbe Forderung keine ausdrücklichen Bestimmungen, die für ihre gegenseitigen Beziehungen maßgebend sein könnten. Aber auch die unter gleichartigen Sicherungsverpflichteten bestehenden Beziehungen sind durchaus nicht erschöpfend geregelt, und von diesen letzteren ausgehend, soll im folgenden der Frage, ob die verschiedenartigen Sicherungsverpflichteten bei Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen einander zum Ausgleich verpflichtet sind, näher getreten werden.

I. Der gegenseitige Regreß gleichartiger Sicherungsverpflichteter.

A. Der Mitbürgenregreß.

Die Übernahme einer Bürgschaft bezweckt die Sicherstellung des Gläubigers eines Dritten in der Weise, daß der Bürge sich verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Sie wird begründet durch den Abschluß eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. Aus dieser dem § 765 BGB. entnommenen Definition ergibt sich, daß es einer Mitwirkung des Dritten dabei nicht bedarf, und daß demgemäß durch einen derartigen Vertrag im allgemeinen nur der Bürge Verpflichtungen übernimmt.

Haben sich mehrere für dieselbe Schuld eines Dritten verbürgt, so spricht man heute von Mitbürgen.[1]) Die

[1]) Mot. zum BGB. II S. 666. Das Gesetz selbst trifft zwar für diese Art der Bürgschaft bereits im § 769 Vorschriften, enthält jedoch die Bezeichnung „Mitbürgen“ erst im § 774 Abs. 2.

mehreren Bürgen schließen jeder mit dem Gläubiger einen Bürgschaftsvertrag, wie er im vorstehenden kurz skizziert ist, und zwar können sie die Bürgschaften unabhängig voneinander übernehmen, indem z. B. jemand sich nachträglich und durch selbständigen Vertrag für eine bereits durch die Bürgschaft eines andern gesicherte Schuld verbürgt, selbst ohne Kenntnis der letzteren, oder indem sie die Bürgschaft gemeinschaftlich und gleichzeitig, gerade mit Rücksicht aufeinander übernehmen. Die rechtliche Behandlung dieser beiden Kategorien von Mitbürgen, den „besonders eingetretenen" und den „gemeinschaftlichen"[1]) ist nicht immer die gleiche gewesen.[2]) Die §§ 769 und 774 Abs. 2 BGB. machen aber zwischen den Bürgen, die sich für dieselbe Hauptschuld verbürgt haben, keinen Unterschied mehr, insbesondere kommt es nicht darauf an, ob sie sich gemeinschaftlich verpflichtet haben oder nicht.[3])

Erforderlich ist nur Identität des Gläubigers und der zu sichernden Forderung.

Die Lehre von der Mitbürgschaft gliedert sich naturgemäß in drei Teile, von denen der erste das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger, der zweite ihre Stellung gegenüber dem Hauptschuldner, und der letzte ihre gegenseitigen Beziehungen zum Gegenstande hat. Kremer[4]) bezeichnet diese drei Teile als das Haftungsverhältnis nach außen, internes Regreßverhältnis und internes Ausgleichungsverhältnis. Nur das letztere fällt in den Rahmen dieser Arbeit und soll einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Die Frage nach dieser Ausgleichungspflicht wird praktisch abgesehen von dem Fall, daß der Gläubiger sich mit Erfolg an einen der Mitbürgen gehalten hat, wenn einer von ihnen wegen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder aus einem sonstigen Grunde, dessen Verbindlichkeit

---

[1]) ALR. I, 14 § 374.
[2]) Seufferts Archiv XIV n. 234.
[3]) Mot. zum BBG. a. a. O.
[4]) Mitbürgschaft S. 26.

gegenüber dem Gläubiger erfüllt hat. Für das Haftungsverhältnis nach außen galt bereits im römischen Recht das Prinzip der Solidarhaftung,[1]) doch hatte der zahlende Bürge gegen die dadurch befreiten Mitbürgen dort ursprünglich keinen Anspruch auf Ausgleichung,[2]) indem nach Auffassung der römischen Juristen zwischen den Gesamtschuldnern ein eine Ausgleichungspflicht erzeugendes Rechtsverhältnis nicht bestand, insbesondere auch bei Zahlung der Schuld durch einen von ihnen keine negotiorum gestio vorlag, da jeder nur die eigene Schuld tilgen wolle. Später ist dieses Prinzip der Solidarhaftung jedoch aus Billigkeitsrücksichten gemildert worden, zwei Rechtswohltaten sorgten dafür, daß im Verhältnis der Mitbürgen zueinander eine Ausgleichung der Last stattfand; einmal das durch die Novelle 99 gewissen Gesamtschuldnern verliehene beneficium divisionis,[3]) wonach der allein beklagte Mitbürge im Wege der Einrede verlangen konnte, daß der Gläubiger die Forderung auf alle Bürgen verteile „qui modo solvendo sint litis contestatae tempore".[4])

Die confideiussores mußten jedoch „idonei" sein,[5]) das beneficium entfiel hinsichtlich derjenigen Mitbürgen, welche abwesend oder zahlungsunfähig waren oder deren Belangung andere Schwierigkeiten im Wege standen. Da somit unter Umständen doch ein Mitbürge zur Zahlung der gesamten Schuld gehalten werden konnte, so wurde ihm für diesen Fall durch das beneficium cedendarum actionum[6]) der Anspruch gewährt, von dem durch ihn befriedigten Gläubiger richtiger Ansicht nach nicht nur Abtretung der Rechte gegen den Hauptschuldner, sondern auch Abtretung der

---

[1]) Gai. III, 121, 133; l. 3 § 2 C. 8, 40.

[2]) Dernburg, P. § 81 S. 220.

[3]) Hasenbalg, Bürgschaft S. 439; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 1028.

[4]) § 4 J. de fide jussoribus 3, 20.

[5]) l. 10 pr. D. 46, 1.

[6]) l. 13 C. 4, 65.

Nebenrechte der Forderung, der Pfandrechte und der Rechte gegen die anderen Mitbürgen verlangen zu können.[1])

Wenn die Zulässigkeit einer solchen Klagezession in diesem erweiterten Umfange für das römische Recht auch mehrfach bestritten ist, vor allem auch von Savigny,[2]) und ihre rechtliche Konstruktion zur Entstehung vieler Streitfragen den Anlaß gegeben hat,[3]) so ist doch der in ihr enthaltene Gedanke, daß der Gläubiger die für ihn nach seiner Befriedigung wertlos gewordenen Rechte, dem befriedigenden Bürgen abtreten soll, beständig weiter ausgebildet worden.[4]) Schon für das gemeine Recht ist anzunehmen, daß die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen ohne weiteres übergeht, ohne daß es einer ausdrücklichen Zession des Gläubigers bedarf.[5])

In Übereinstimmung hiermit haben dann die neuen Gesetzbücher fast alle das beneficium cedendarum actionum

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 366.

[2]) Obligationenrecht Bd. 1 S. 273 ff., der die Ansprüche gegen die anderen Bürgen durch Zahlung der Hauptschuld als erloschen betrachtet.

[3]) Die beiden grundlegenden Quellenstellen sind die l. 36 Dig. de fidej. 46, 1 (Paulus) und die l. 76 Dig. de solutione 46, 3 (Modestinus). Nach letzterer kann die Zession nach der Zahlung nur dann noch vor sich gehen, wenn dies bei der Zahlung ausgemacht ist, während Paulus die Zession ganz allgemein auch nach der Zahlung zulassen will. Man hat den Widerspruch dadurch zu beseitigen gesucht, daß man die l. 36 ebenfalls auf einen Fall bezog, in dem der Bürge sich bei der Zahlung die Zession vorbehalten hat. Doch steht dem entgegen, daß die l. 76 nicht von der Zahlung eines Bürgen, sondern von der Zahlung eines von mehreren Mitvormündern spricht. Es bleibt demnach das bereits in der Stelle des Modestinus hervorgehobene Bedenken, daß eine Zession nach der Zahlung deshalb nicht verlangt werden kann, weil alsdann kein Objekt der Zession mehr vorhanden sei. Darüber, wie man im Laufe der Rechtsentwicklung im Interesse des Bürgen über diese Schwierigkeit hinwegzukommen versucht hat, vgl. unten S. 8 ff.

[4]) Puchta, P. § 281.

[5]) Dernburg, P. Bd. 2 S. 223, 2.

durch die Vorschrift ersetzt, daß der Bürge durch die Befriedigung des Gläubigers unmittelbar in dessen Stellung gegenüber dem Schuldner eintreten soll. So bestimmt schon das allgem. Landrecht in I, 14 § 338:

> „Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Zession bedarf.[1])

Fraglich ist hier aber noch, ob der Bürge auch in die sonstigen Vorrechte und Sicherungen, welche mit dem Schuldverhältnisse, in das er eingetreten ist, verbunden waren, eintritt, ohne daß es einer ausdrücklichen Zession bedarf. Für das allgem. Landrecht wird diese Frage besonders im Hinblick auf die Rechte des Gläubigers gegen die Mitbürgen von Koch,[2]) bejaht, doch scheint diese Annahme mit § 48 I, 16 ALR.:

> „Ebenso erlangt der Zahlende auf eine für die Forderung durch Bürgen oder Pfandbestellte Sicherheit die Rechte des Gläubigers in der Regel immer nur durch ausdrückliche Zession derselben",

unvereinbar.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist dann aber auf diesem Wege unzweifelhaft noch einen Schritt weiter gegangen. Zunächst hat es im § 774 ebenfalls an Stelle des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum die Vorschrift gesetzt, daß, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn übergeht. Infolge dieser Bestimmung hat sich auch die gemeinrechtliche Streitfrage erledigt, ob der Bürge schlechthin oder nur insoweit Abtretung der Klagen verlangen kann, als ihm gegen den Hauptschuldner nach dem inneren

---

[1]) Ebenso Code civil Art. 2029; § 1358 des österr. BGB. und Art. 504 des schweizerischen Obligationenrechts.

[2]) Komm. zum ALR. Bd. 2 S. 272.

Verhältnisse ein Ersatzanspruch zusteht.[1]) Der Legalübergang vollzieht sich nunmehr unabhängig von einem solchen Ausgleichungsanspruch, er wirkt klagerzeugend, nicht bloß klagverstärkend.

Weiter sollen dann aber nach der Vorschrift des § 412 auf gesetzliche Forderungsübertragungen die für die ververtragsmäßige Abtretung einer Forderung gegebenen Regeln entsprechend angewandt werden. Es gehen also nach § 401 zugleich mit der Hauptforderung auch die für sie bestehenden Sicherheiten auf den neuen Gläubiger über.

Der Vollständigkeit halber soll hier nicht unerwähnt bleiben, daß die Konstruktion dieser durch die §§ 774, 412, 401 geregelten Forderungsübertragung auch heute noch viel umstritten ist, da sie mit dem allgemeinen Grundsatz des § 362: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird," zunächst nicht in Einklang zu bringen erscheint. Zwar ist die römischrechtliche Auffassung, daß es sich bei diesem Forderungsübergang vom bezahlten Gläubiger auf den Bürgen um einen Kauf handele,[2]) überwunden,[3]) ebenso die sogen. Fiktionsidee.[4]) Aber auch die Auffassung, daß kraft Rechts-

---

[1]) Windscheid, Pand. II S. 1034; Dernburg, Pand. 2 § 80 Note 8.

[2]) l. 36 D. 46, 1; vgl. Hasenbalg S. 414 ff.

[3]) vgl. aber Mot. III S. 727, die sich zu dem Falle des weiter unten in den Kreis der Erörterung zu ziehenden § 1143 BGB. folgendermaßen auslassen:

„Der Grundsatz, daß die Forderung durch die Befriedigung des Gläubigers aufgehoben wird, darf in diesem Falle nicht Platz greifen, da der Eigentümer, der die Leistung bewirkt, regelmäßig hierdurch nicht sowohl die Schuld zu tilgen, als vielmehr das Gläubigerrecht zu erwerben beabsichtigt. Er steht ähnlich dem Bürgen, durch dessen Leistung an den Gläubiger die Forderung nicht untergeht."

[4]) Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinen Zivilrecht S. 536 ff. Die Lehre scheidet den bereits oben erwähnten Vorbehalt der Zession bei der Zahlung aus und nimmt an, daß der Bürge in dem Augenblick, wo er dem ihn ausklagenden Gläubiger gegenüber zur Vor-

satzung ein neues, dem Rechte des Abgefundenen gleichartiges Recht für den abfindenden Bürgen entsteht.[1]) ist mit § 774 BGB. unvereinbar.[2]) Man wird vielmehr mit Planck[3]) annehmen müssen, daß die Befriedigung des Gläubigers hier nicht als Erfüllung anzusehen ist, sondern nur die Voraussetzung bildet, unter welcher kraft Gesetzes die betreffende Forderung auf den Befriedigenden übergeht. In letzterem Sinne hat sich neuerdings auch das Reichsgericht[4]) ausgesprochen, welches ebenfalls annimmt, daß die alte Forderung an sich noch besteht, und daß nur an Stelle des bisherigen Gläubigers ein neuer getreten sei, auf den die Forderung kraft Gesetzes übergegangen sei.[5])

Der befriedigende Bürge tritt also in alle Rechte des Gläubigers ein. Nach diesem allgemeinen Prinzip würden, wenn sich mehrere für dieselbe Hauptforderung verbürgt haben, nunmehr auch die Forderungen des Gläubigers gegen diese Mitbürgen sämtlich auf den befriedigenden Bürgen übergehen, und er demnach von den anderen Bürgen vollen Ersatz des von ihm Geleisteten fordern können. Da nun aber gemäß § 769 BGB. mehrere Bürgen immer als Gesamtschuldner haften, so würde dieses Ergebnis mit den allgemeinen Grundsätzen über die interne Ausgleichungspflicht von Gesamtschuldnern nicht im Einklange stehen,

---

schützung der exceptio doli befugt ist, auch bereits die Klage zediert erhalten habe. Die Fiktion geht also dahin, daß die Zession unabhängig von der Zahlung, zu der Zeit erfolgt, wo ein Anspruch darauf besteht.

[1]) Stampe im Arch.ziv.Praxis Bd. 80 S. 407ff.

[2]) RG. Bd. 54 S. 318,

[3]) Komm. zum BGB. § 362, 2f.

[4]) RG. Bd. 55 S. 161.

[5]) Endemann gibt derselben Ansicht mit folgenden Worten Ausdruck: „Der rechtliche Vorgang ist i. S. des BGB. dahin zu verstehen, daß das bisherige Forderungsrecht fortdauert, es ist nicht getilgt, sondern nur von dem Forderungsberechtigten abgelöst und indem der Abtretungsvertrag durch Gesetzesvorschrift ersetzt wird, auf den Erwerber übergegangen. Bürgerl. Recht S. 872 5. Aufl.

und deshalb ist im Abs. 2 des § 774 BGB. auch ausdrücklich bestimmt, daß Mitbürgen einander nur nach Maßgabe des § 426 haften sollen.

Wegen dieser Bezugnahme auf § 426 BGB. geht nun die herrschende Meinung[1]) dahin, daß der Übergang der Forderung auf den befriedigenden Mitbürger auch nur in der Weise und in dem Umfange stattfinde, daß er neben der in voller Höhe gegen den Hauptschuldner geltend zu machenden Forderung, von jedem der Mithaftenden nur den Anteil fordern könne, den dieser nach Maßgabe des zwischen den solidarisch Haftenden bestehenden, internen Verhältnisses, zu tragen habe, der sich mangels anderweiter Vereinbarung gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 auf den Kopfteil belaufe.

Gegen diese Ansicht, nach der also ein Gegensatz zu dem allgemeinen Prinzip der §§ 412, 401 die Sicherung trotz des vollständigen Übergangs der Hauptforderung nur in Höhe der Ausgleichungspflicht übergehen soll, hat sich neuerdings Kremer[2]) gewandt. Er will nämlich auf den befriedigenden Mitbürgen gemäß § 774 Abs. 1 BGB. auch die Nebenforderungen gegen die anderen Mitbürgen auf den ganzen Betrag übergehen lassen. Abs. 2 l. c. schränke nur durch seinen Hinweis auf § 426 die Geltendmachung des bereits nach Abs. 1 § 774 eingetretenen Forderungsüberganges ein, er sage, was mit der actio cessa im internen Verhältnis zu erreichen sei, und könne deshalb nur mit dem Abs. 1 des § 426, nicht aber mit dessen Abs. 2 in Verbindung gebracht werden.

Dieser Ansicht steht einmal der Wortlaut des § 774 entgegen, der in seinem Abs. 2 auf den ganzen § 426 Bezug nimmt, und ferner folgt die Unrichtigkeit dieser Auffassung auch, wie Bendix[3]) überzeugend nachgewiesen

---

[1]) vgl. Boethke bei Gruchot 1903 S. 859.
[2]) a. a. O. S. 187 u. 202ff.
[3]) Arch.ziv.Praxis Bd. 25 S. 86ff.

hat, aus der Entstehungsgeschichte der §§ 774 und 426 BGB. Auf die hiermit zusammenhängende Frage, ob der zahlende Mitbürge von jedem der anderen den Anteil zu fordern hat, den dieser von der gesamten Schuld auf sich nehmen muß, bei 4 Mitbürgen also $^1/_4$, oder ob er diese Teilforderungen entsprechend der ursprünglichen gesamtschuldnerischen Haftung der Mitbürgen, ebenfalls gegen jeden als solidarische Forderung für den Gesamtbetrag der Schuld, vermindert um den Anteil, der dem zahlenden Bürgen selbst zur Last fiel, also bei 4 Bürgen auf $^3/_4$, geltend machen kann, soll hier nicht näher erörtert werden.[1]) Praktisch ist dieser Streit ebenso bedeutungslos, wie der über den Umfang der Subrogation[2]) des zahlenden Mitbürgen. Im Endergebnis ist nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften jedenfalls das allein richtige, daß Mitbürgen bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, die Forderung des Gläubigers, falls nicht anderes unter ihnen vereinbart ist, zu gleichen Teilen zu tragen haben, und insoweit der zahlende Bürge gegen die anderen Ersatzansprüche hat, ein gegenseitiger Regreß unter ihnen besteht.

B) Der gegenseitige Regreß zwischen mehreren dritten Pfandeigentümern.

Sind für dieselbe Forderung von mehreren nicht persönlich haftenden Dritten Pfänder bestellt, so haftet zunächst nach außen bereits im römischen Recht jedes Pfand für die ganze Forderung. Den mehreren Pfandbesitzern steht, falls einer von ihnen von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, ein beneficium divisionis nicht zu. In den

---

[1]) vgl. Kremer S. 163 ff., 188.

[2]) Der Ausdruck Subrogation findet sich in den Mot. zum BGB. (II S. 673) als Bezeichnung für den zufolge der Zahlung ipso jure erfolgenden Übergang der alten Gläubigerrechte auf den zahlenden Bürgen; vgl. auch code zivil l. III Art. 3 chap. 5 § 2 du peiament avec subrogation.

Quellen wird dem dritten Pfandbesitzer, der mit der actio hypothecaria belangt und hierdurch zur Zahlung der versicherten Schuld gezwungen wird, nur ein beneficium cedendarum actionum gegenüber dem Hauptschuldner gewährt.[1]) Ob und in welchem Umfange in diese Zession des zunächst beklagten Besitzers die Pfandklage auch gegen die anderen Pfandbesitzer einbegriffen ist, ist sehr bestritten. Dernburg[2]) will für das gemeine Recht mit Rücksicht auf den allgemeinen Satz, daß im Zweifel mit der Hauptforderung auch deren Akzessionen übergehen, und nach Analogie des Übergangs der Klage gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen, auch dem dritten Pfandbesitzer das beneficium cedendarum actionum in dieser erweiterten Form zugestanden wissen. Er hält es aber für selbstverständlich, daß der zahlende Pfandeigentümer auf Grund der alten Gläubigerrechte nicht vollkommen aus einem anderen Pfand Ersatz verlangen dürfe, sondern sich mit Zahlung des Teiles der versicherten Schuld zufrieden geben müsse, der dem Verhältnis des Wertes der vom Verklagten besessenen Sache zu dem Werte der noch außerdem verpfändeten Objekte entspreche. Er will also ohne weiteres Verteilung der Schuldlast nach dem Werte der Pfänder eintreten lassen.

Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Rechte, welche an Mobilien und Immobilien nur ein Pfandrecht, sei es in Gestalt der hypotheca oder des pignus ausgebildet haben,[3]) hat das Bürgerliche Gesetzbuch in Anlehnung an das ältere deutsche Recht die Scheidung des Mobiliar- und Immobiliarpfandrechts vollständig durchgeführt. Man muß daher unterscheiden, ob eine Forderung durch mehrere bewegliche oder unbewegliche Sachen gesichert ist. Entsprechend der Anordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches soll letzterer Fall zuerst betrachtet werden.

---

[1]) l. 19 D. qui pot. 20, 4.

[2]) Dernburg, Pfandrecht II S. 366ff.

[3]) l. 5 § 1 D. 20, 1: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

1. Der gegenseitige Regreß zwischen den dritten Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke.

Ist für dieselbe Forderung an mehreren, verschiedenen und nicht persönlich haftenden Eigentümern gehörenden Grundstücken Hypothek bestellt worden, so spricht das Bürgerliche Gesetzbuch von einer Gesamthypothek.[1]) Durch die Bestimmung, daß in einem solchen Falle jedes Grundstück für die ganze Forderung haften soll, ist bei der Gesamthypothek wie bei der Mitbürgschaft nach außen das Prinzip der Solidarhaftung durchgeführt worden. Der Gläubiger kann seine Befriedigung aus jedem Grundstück ganz, aus allen zusammen aber nur einmal suchen, und es steht in seinem Belieben, an welches Grundstück er sich halten will. Er kann sogar, im Gegensatz zu dem später zu behandelnden Gesamtpfande, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise verteilen, daß ein jedes nur für den zugeteilten Betrag haftet. Seine Stellung gegenüber den gesamtverhafteten Grundstücken ist danach ähnlich der eines Gläubigers gegenüber mehreren Gesamtschuldnern (BGB. § 421).

Andererseits stehen aber die Eigentümer der verhafteten Grundstücke, mangels einer dem § 769 BGB. entsprechenden Vorschrift, nicht, wie die Mitbürgen, in einem Gesamtschuldverhältnis. Wenn deshalb auch der den Gläubiger befriedigende, nicht persönlich haftende Eigentümer gleich einem Bürgen in die Hauptforderung subrogiert wird und nach der Bestimmung des § 1143 die für den letzteren geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden sollen, so ist gemäß § 1143

[1]) BGB. § 1132; die oben gemachten Zusätze bilden jedoch keine Voraussetzungen für die Annahme einer Gesamthypothek, es können vielmehr die mehreren Grundstücke auch sämtlich dem persönlich haftenden Schuldner gehören, sofern sie nur jedes für sich belastet sind.

Abs. 2 mit diesem gesetzlichen Forderungsübergang doch nicht ohne weiteres auch der Übergang der Forderungen des Gläubigers gegen die anderen Sicherungsverpflichteten verbunden. Dieser ist vielmehr durch die Bezugnahme auf den § 1173 daselbst abhängig gemacht von dem Vorhandensein eines besonderen Ausgleichungsanspruchs gegenüber den anderen Eigentümern. Ist ein solcher nicht vorhanden, so erlöschen nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes bei Befriedigung des Gläubigers die Hypotheken an den übrigen Grundstücken, nur die am eigenen Grundstück geht auf den Befriedigenden als Eigentümerhypothek über.

Den mehreren Mitverpfändern von Grundstücken steht somit mangels ausdrücklicher Vereinbarung ein selbständiger Ausgleichungsanspruch nicht zu, die Gesamtverpfändung ist hier jetzt eine regreßlose, während sie noch im älteren preußischen Rechte eine gesellschaftliche war.[1]) Diese von dem allgemeinen Prinzip, daß mit der Hauptforderung auch die für sie bestellten Sicherungen übergehen, abweichende Regelung ist getroffen worden, da sonst der befriedigende Eigentümer die Hypothek auf seinem Grundstück löschen lassen und sie an einem der anderen Grundstücke geltend machen könnte; nach seiner Befriedigung würde der von ihm in Anspruch Genommene es gerade so machen und das Endresultat würde sein, daß der zuletzt belangte Eigentümer den ganzen Betrag der Gesamthypothek bezahlt.[2])

Ob aber diese, mangels eines besonderen Ersatzanspruchs, jede Ausgleichung versagende Regelung eine glückliche ist, erscheint zum mindesten zweifelhaft, denn während nach dem vorstehenden der letzte, hat jetzt der erste in Anspruch genommene Eigentümer die volle Last

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 S. 576 ff.

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 673; Planck III S. 575.

der Gesamthypothek zu tragen. Es liegt daher für keinen dieser Sicherungsverpflichteten ein Anlaß vor, durch eine freiwillige Zahlung den Gläubiger zu befriedigen, jeder wird vielmehr den letzteren zu bestimmen suchen, daß er einen der anderen Eigentümer der mitverhafteten Grundstücke in Anspruch nimmt.[1]) Demgegenüber kann man allerdings anführen, daß gerade bei dieser Art der Sicherungsbestellung durch mehrere Hypotheken, meistens auch eine besondere Vereinbarung über die künftige interne Verteilung der Schuldtragung unter den Bestellern getroffen werden wird, da es sich einmal bei Hypothekbestellung immer um größere zu sichernde Beträge handelt, und ferner im Gegensatz zu der Sicherung durch Bürgschaftsübernahme oder Hingabe eines Faustpfandes, das Vorhandensein mehrerer Sicherungen für dieselbe Forderung durch die Art der Eintragung der einzelnen Sicherung jedem daran Interessierten von Amts wegen deutlich erkennbar gemacht wird.[2])

Durch die §§ 1173 und 1182 wird ein etwa vorhandener Ersatzanspruch an sich ausreichend gesichert, ist aber bezüglich eines solchen nichts vereinbart, so besteht ohne weiteres, wie gesagt, zwischen den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke keine Ausgleichungspflicht. Die Gesamthypothek allein begründet kein Gesellschaftsverhältnis unter ihnen,[3]) und ein Regreßrecht kann nur aus einem besonderen zwischen den Eigentümern vereinbarten Rechtsverhältnis entstehen.[4]) Der einzelne Sicherungsverpflichtete ist hier auch für den Fall nicht geschützt, daß der Gläubiger

---

[1]) Für den Fall der zwangsweisen Befriedigung des Gläubigers aus einem der gesamtverhafteten Grundstücke kommt § 1182 BGB. in Betracht.

[2]) Grundbuchordnung § 49.

[3]) vgl. auch unten das S. 17 über die gegenseitige Stellung mehrerer Faustpfandbesteller Gesagte.

[4]) Mot. III S. 685.

auf die Hypothek an einem der gesamtverhafteten Grundstücke verzichtet, denn nach der Bestimmung des § 1175 erlischt die Hypothek dann an diesem ebenfalls, ohne daß die dadurch verschärfte Haftung der anderen Grundstücke irgendwie beeinflußt würde, z. B. ihr Eigentümer insoweit Befreiung verlangen könnte, als er nach § 1173 von dem Eigentümer des entlassenen Grundstücks hätte Ersatz verlangen können.[1])

Das Bedenken, welches schließlich Dernburg[2]) noch gegenüber dieser Regelung der Regreßverhältnisse geltend macht, daß nämlich auf diese Weise entgegen den sonstigen Grundsätzen nachstehende Gläubiger einen ungerechtfertigten, bei Begründung ihres Pfandrechts nicht vorhergesehenen Vorteil erhielten, indem ihre Rangstellung durch Abfindung des Pfandrechts verbessert würde, scheint weniger erheblich. Denn die nachstehenden Gläubiger können bei der Bestellung ihrer Hypotheken ja gerade berücksichtigt haben, daß die vorstehende Post zu einer Gesamthypothek gehöre und nur mit Rücksicht darauf, daß diese, falls der Gläubiger aus einem anderen mithaftenden Grundstück Befriedigung erlange, erlösche, ihrerseits noch eine Hypothek bewilligt haben. Von dieser Erwägung geht wohl auch die Bestimmung des § 1182 Satz 2 aus.

2. Der gegenseitige Regreß zwischen den dritten Eigentümern mehrerer als Pfand bestellter beweglicher Sachen.

Befriedigt der Verpfänder und Eigentümer einer beweglichen Sache, welcher nicht persönlicher Schuldner ist,

[1]) vgl. die für das Mitbürgenverhältnis gegebene Bestimmung des § 776 und auch die für den Fall der zwangsweise erfolgenden Befriedigung des Gläubigers aus einem der gesamtverhafteten Grundstücke gegebene entsprechende Vorschrift des § 1182.

[2]) Bürgerl. Recht a. a. O.

den Gläubiger, so geht gemäß § 1225 auf ihn zunächst wieder die Hauptforderung über. Auch hier handelt es sich also um einen gesetzlichen Forderungsübergang, der nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 412, 401 BGB. auch den Übergang der für diese Forderung bestehenden Sicherheiten zur Folge hat. Sind nun für die Hauptforderung mehrere, verschiedenen dritten Eigentümern gehörende, bewegliche Sachen verpfändet worden, so gehen danach auch die an ihnen bestellten Pfandrechte auf den den Gläubiger befriedigenden Pfandbesteller über. Der Fall, daß mehrere Pfandbesteller da sind, ist im Gesetz anscheinend nicht erwähnt, es fehlt an einer den §§ 1143 Abs. 2, 1173 entsprechenden Bestimmung dahingehend etwa, daß die übrigen Pfandrechte nur insoweit auf den Zahlenden übergehen sollen, als ihm gegen ihre Eigentümer ein besonderer Ersatzanspruch zusteht. Es fehlt auch an einer ausdrücklichen Vorschrift zur Regelung der zwischen den mehreren Pfandbestellern bestehenden Rechtsbeziehungen, etwa nach Art des § 769 BGB. Gesamtschuldner i. S. des § 421 können sie ebensowenig sein, wie die mehreren Hypothekenbesteller, da der Verpfänder nach Bestellung des Pfandes, nach Erfüllung des Verpfändungsvertrages, kein Schuldner im eigentlichen Sinne des Wortes mehr ist. Er ist dann nicht mehr zur Bewirkung einer Leistung verpflichtet, sondern muß nur unter bestimmten Voraussetzungen dulden, daß der Gläubiger sich für seine, ihm gegen den Hauptschuldner zustehende Forderung, aus dem ihm von dem Dritten bestellten Pfande befriedigt.

Entsprechend dem dinglichen Charakter des Pfandrechts findet sich auch hier nur eine Bestimmung, die die Rechte des Gläubigers an mehreren Pfandsachen regelt, aber keine darüber, welche Stellung er einer Mehrheit von Verpfändern gegenüber einnimmt. In den §§ 1222 und 1230 BGB. hat das Gesetz den Grundsatz der Ungeteiltheit der Haftung auch mehrerer beweglicher

Pfänder zum Ausdruck gebracht, man kann wie von einer Gesamthypothek auch von einem Gesamtpfande sprechen; eine Verteilung des Betrages der Forderung auf die mehreren Pfänder ist hier jedoch nicht zugelassen.[1])

Wie steht es nun hier mit einem internen Ausgleichungsanspruch der mehreren Pfandbesteller, wenn eine die Lasttragung im Innenverhältnis regelnde Vereinbarung unter ihnen nicht getroffen ist?

Der den gesetzlichen Forderungsübergang statuierende § 1225 schreibt in seinem zweiten Absatz vor, daß die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung finden sollen. Die analoge Anwendung dieses Paragraphen ist daher nicht, wie im § 1143 auf den ersten Absatz des § 774 beschränkt.[2]) In der Literatur ist nun ein lebhafter Streit darüber entstanden, ob in Übereinstimmung mit dem Wortlaute des § 1225 auf die Sicherung durch Faustpfandbestellung, § 774 ganz oder ebenfalls nur sein erster Absatz anzuwenden sei. Verschiedene Schriftsteller erklären die angegebene Fassung des § 1225 für ein Redaktionsversehen, richtig hätte auch hier wie im § 1143 nur die entsprechende Anwendung von § 774 Abs. 1 angeordnet werden sollen.

Nach dieser besonders von Biermann[3]) vertretenen Ansicht kommt man, da der Übergang der Nebenrechte hier nicht vom Vorhandensein eines Ersatzanspruches abhängig gemacht ist, auf Grund der allgemeinen §§ 412, 401 zu dem Ergebnis, daß der zuerst zahlende Pfandbesteller damit sämtliche andere Pfandrechte ihrem ganzen Umfange nach erwirbt und die ganze Last auf irgend ein anderes Pfand abwälzen kann, während das von ihm be-

[1]) vgl. oben S. 13.

[2]) vgl. oben S. 13.

[3]) Komm. zum BGB. 2. Aufl. I., 3 S. 448 zu § 1225. Ebenso Endemann, Einführung in das Studium des BGB. II S. 561 Anm. 10; Kober in Staudingers Komm. zum BGB 2. Aufl. Bd. 3 S. 567; Fischer-Henle, BGB. Handausgabe mit Anmerkungen 5. Aufl. § 1225 Anm. 3.

stellte Pfandrecht nach § 1256 BGB. erlischt. Man käme damit beim Fehlen eines Ersatzanspruches gerade zu dem entgegengesetzten Resultat, wie jetzt bei der Gesamthypothek,[1]) und dieses dort als unpraktisch vermiedene Ergebnis würde hier noch bedenklicher sein, denn bei der Sicherung durch mehrere Pfänder braucht diese Tatsache nicht, wie bei der Sicherung durch Grundstücke allen Pfandbestellern bekannt zu sein. Damit wäre aber der Schikane Tür und Tor geöffnet, und in dem Augenblick, wo für die Pfandbesteller die Möglichkeit einer Ablösungszahlung gegenüber dem Pfandgläubiger entsteht, werden diejenigen von ihnen, die Kenntnis besitzen von dem Vorhandensein mehrerer Pfänder sich gegenseitig mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorzukommen suchen, da ja die Prävention hierbei dem zuerst zahlenden völlige Schadloshaltung an den übrigen Pfändern sichert, und es würde hier dann schließlich der zuletzt in Anspruch genommene die ganze Last zu tragen haben. Während nun bei der Gesamthypothek, wenn kein Ersatzanspruch besteht, nicht darum herum zu kommen ist, daß tatsächlich ein Sicherheitsbesteller die ganze Last trägt, dort allerdings der zuerst vom Gläubiger belangte, so wird man, da dieses Ergebnis als der Billigkeit entsprechend nicht bezeichnet werden kann, zu untersuchen haben, ob sich nicht für das Gesamtpfand wenigstens auf Grund vorhandener Bestimmungen eine anderweite Regelung der internen Lasttragung treffen läßt.

Entgegen der Biermannschen Ansicht ist dieses sehr wohl möglich. Zunächst kann aus dem Umstande, daß im § 1143 die analoge Anwendung des § 774 auf dessen ersten Absatz beschränkt ist, noch nicht gefolgert werden, daß die Weglassung dieser Einschränkung im § 1225 nur auf einem Redaktionsversehen beruhe. Gegen diese Annahme spricht zunächst die Erwägung, daß bei der auf die

[1]) vgl. oben S. 14.

Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwandten Sorgfalt, eine derartige ungewollte Unstimmigkeit zwischen zwei in engster systematischer Verbindung stehenden Paragraphen, sicherlich nicht unbemerkt geblieben sein würde. Das Gesetz will eben in den beiden Paragraphen den § 774 in einem verschiedenen Umfange angewandt wissen und gerade durch die Ausschließung des Abs. 2 in § 1143 wird klar zum Ausdruck gebracht, daß der Gesetzgeber sich der Wirkung seiner Anwendung in § 1225 wohl bewußt gewesen ist. Der § 774 Abs. 2 betrifft den Fall des Vorhandenseins mehrerer Bürgen, d. h. allgemein mehrerer Sicherungen; für den Fall der Gesamthypothek ist aber der dort in Frage stehende Ausgleichungsanspruch durch die Bezugnahme auf § 1173 anderweit geregelt worden,[1]) und bei dieser bestimmten Regelung war naturgemäß im § 1143 die Anordnung der entsprechenden Anwendung auch des Abs. 2 § 774 nicht mehr möglich.

Für den Fall des Gesamtpfandes ist, wie bereits gesagt, der mehreren Pfandsteller ausdrücklich nicht gedacht, es wäre aber sehr merkwürdig, wenn das Gesetz, welches in den ganz ähnlichen Fällen der Mitbürgschaft und der Gesamthypothek die gegenseitige Ausgleichungspflicht mehrerer Sicherheitsbesteller, wenn auch in verschiedener Weise geregelt hat, hier gänzlich darüber schwiege, und damit das aus den allgemeinen Vorschriften über den Forderungsübergang sich ergebende, hier aber, wie bereits oben gezeigt, unbefriedigende Resultat, daß einer der Verpfänder sich durch Ablösung des Gläubigers auf Kosten der andern einen Vorteil verschaffen kann, sanktionierte.

Dem ist aber nicht so, wenn man dem die Anwendung auch von Abs. 2 des § 774 vorschreibenden Wortlaute des § 1225 folgt. Allerdings ergibt sich dann die Frage, wie hat der Abs. 2 in seiner entsprechenden Anwendung zu

---

[1]) vgl. oben S. 14.

lauten. Falsch wäre, worauf Koban[1]) mit Recht hinweist, ohne weiteres an Stelle der Mitbürgen des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 die Mitverpfänder, d. h. mehrere Drittverpfänder beweglicher Sachen für dieselbe Forderung, zu setzen und diese dann ebenfalls, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, gemäß § 426 einander zu gleichen Anteilen haften zu lassen. Denn die Pfandbesteller sind weder dem Gläubiger[2]) noch einander persönlich verpflichtet und können deshalb auch den selbständigen obligatorischen Ausgleichungsanspruch nicht besitzen, welcher den in einem Gesamtschuldverhältnis stehenden Mitbürgen gewährt wird.

Der zweite Absatz des § 774 kann entsprechend angewandt nur dahin lauten, daß mehrere Verpfänder einander nur nach Maßgabe des § 426 haften sollen.[3]) Nicht richtig scheint Planck[4]) zu argumentieren, wenn er sagt: Der § 774 Abs. 2 dient dazu, gegenüber dem sich aus den §§ 774 Abs. 1 S. 1 412 und 401 ergebenden Satze, eine anderweit gegebene Vorschrift, mit der dieser Satz sonst in Widerspruch stehen würde, zur Geltung zu bringen.[5]) Da nun der sich entsprechend aus §§ 1225 S. 1, 412 und 401 ergebende Satz nicht, wie der erstere, mit einer anderweiten Gesetzesvorschrift kollidiert, da die mehreren Drittverpfänder nicht in einem Gesamtschuld- oder ähnlichen Verhältnis zueinander stehen, so könnte die Bedeutung der vorstehenden Bezugnahme von § 426 in § 1225 nur die sein, daß dadurch ein dem § 774 Abs. 2 entsprechender Rechtssatz erst geschaffen würde, dessen Inhalt dahin gehen würde, daß die dem Gläubiger von Drittverpfändern bestellten Pfandrechte auf den den Gläubiger befriedigenden

---

[1]) a. a. O. S. 199; s. aber auch die gegenteilige Ansicht be Martinius DJZ. 1903 S. 543 und Bendix a. a. O. S. 89.

[2]) vgl. oben S. 17.

[3]) vgl. Koban a. a. O. S. 200.

[4]) Komm. zum BGB. 3. Aufl. Anm. 2c zu 1225.

[5]) vgl. oben S. 9.

Verpfänder nur gemäß § 426, d. h. nur insoweit übergehen, als dieser von den ersteren auf Grund besonderer Vereinbarung Ersatz verlangen könne.

Hierbei ist m. E. übersehen, daß beim Gesamtschuldverhältnis im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Gesamtschuldner, diesem ein allgemeines Eintrittsrecht in die Stellung des alten Gläubigers ja gar nicht gegeben ist. Hier ist vielmehr nur bestimmt, daß sie im Verhältnis zueinander von vorneherein zu gleichen Anteilen verpflichtet sein sollen und nur in Höhe dieses gesetzlichen Ausgleichungsanspruches, der natürlich durch Vereinbarung seinem Umfange nach abgeändert werden kann, tritt Subrogation in die Gläubigerrechte gegenüber den anderen ein. Die cessio legis ist also hier gewissermaßen nur zur Ermöglichung besserer Durchführung eines an sich schon vorhandenen Ausgleichungsanspruches gegeben und ist abhängig von seinem Vorhandensein. Ganz anders im Falle des § 1225. Hier ist Obersatz, daß mit Befriedigung des Gläubigers Hauptforderung und für sie bestellte Sicherungen auf den Befriedigenden übergehen, ein persönlicher Ausgleichungsanspruch gegenüber einem dritten Verpfänder kann durch diese cessio legis natürlich nicht begründet werden, denn es sind lediglich die Pfänder, nicht ihre Besteller verhaftet. Die Inbezugnahme des § 426 durch § 774 in § 1225 kann deshalb wohl nur dahin verstanden werden, daß dadurch nicht eine Subrogation in die alten Gläubigerrechte in Höhe eines anderweit entstandenen oder begründeten Ersatzanspruches neu geschaffen werden soll, sondern daß die an sich unbeschränkt erfolgende Subrogation des zahlenden dritten Pfandeigentümers, zwecks Herbeiführung einer gleichmäßigen Verteilung der Haftung unter mehrere Sachen an sich doch ganz gleichgestellter Drittverpfänder, nur in einem der allgemeinen Verteilungsregel des § 426 entsprechendem Umfange soll geltend gemacht werden dürfen. Man wird den Satz aufstellen können, daß im Falle des Forderungs-

übergangs auf einen von mehreren Verpfändern gemäß § 1225, die dingliche Haftung der von den anderen bestellten Pfänder, ihm gegenüber je auf einen der Zahl der Verpfänder entsprechenden Anteil beschränkt ist.[1]) Hierbei ist allerdings noch zu erwähnen, daß im vorstehenden immer davon ausgegangen ist, daß der Wert einer jeden Pfandsache die zu sichernde Forderung vollständig deckte. Ist dieses nicht der Fall, so wird das ganze Verhältnis erheblich verwickelter.

Einige Beispiele:

Für die Forderung des X an Y von 120 haben A und B je ein Pfand im Werte von 150 bestellt, A befriedigt den X, dann haftet ihm nach dem Gesagten das von B bestellte Pfand für einen Betrag von 120:2 = 60. Insoweit kann sich A, wenn er von dem Hauptschuldner keinen Ersatz erlangt, an das ihm gemäß § 1251 auf sein Verlangen von dem Gläubiger herauszugebende Pfand des B halten, d. h. bei eventueller Versteigerung diese Summe vom Erlös für sich behalten. Andererseits kann nun auch B durch Zahlung von nur 60 sein Pfand bei A auslösen.[2])

Hier führt die Anwendung des oben aufgestellten Satzes zu einem durchaus befriedigenden Resultate, welches sich auch auf einfache Weise herbeiführen läßt. Schwieriger gestaltet sich seine Durchführung schon, wenn in dem angegebenen Beispiel bei sonst unveränderter Sachlage auch von C noch ein Pfand im Werte von 150 bestellt ist. Der ablösende A hat hier nur $^1/_3$ der Schuld

---

[1]) vgl. Sellner im Recht VIII S. 477.

[2]) Einen selbständigen obligatorischen Anspruch auf Zahlung der 60 hat A, wie oben ausgeführt nicht gegen B, er kann sich nur an den Versteigerungserlös halten. Da er aber gemäß § 1234 BGB. dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und den Geldbetrag, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll, zu bezeichnen hat, so wird er bei der verminderten Pfandhaftung im allgemeinen wohl schon auf dem Wege der Ablösung seitens B zu seinem Gelde kommen.

= 40 zu tragen, wie kann er aber, wenn A und B die entsprechenden Ablösungszahlungen nicht vornehmen, für die von ihm zu viel gezahlten 80 Ersatz erlangen? Soll er beide Pfänder zum Verkauf bringen und von dem Erlöse eines jeden 40 einbehalten, oder ist dieses mit Rücksicht auf das Verbot des § 1230 S. 2 unzulässig[1]) kann er dementsprechend nur ein Pfand versteigern lassen und soll sich dessen Eigentümer dann aus dem letzten, nun ihm zu übergebenden Pfande, bezüglich des von seinem Pfande auf diese Weise zuviel getragenen Drittels, bezahlt machen?

Man stößt hier also auf eine ähnliche Frage, wie bei der Mitbürgschaft.[2]) Wenn man nun aber dort mit Rücksicht auf die beiden Fundamente des Ausgleichungsanspruchs, das Gesamtschuldverhältnis und die Subrogation in die alten Gläubigerrechte, dem zahlenden Bürgen in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht[3]), einen Regreß gegen jeden der Mitbürgen nur auf den Kopfteil gewähren will, so wird man hier doch in der Erwägung, daß ein persönlicher Ausgleichungsanspruch nicht vorhanden ist, der Übergang der Pfandrechte vielmehr lediglich durch den Eintritt in die alten Gläubigerrechte vermittelt wird, diese doch auf Grund der §§ 1225, 1222 zunächst in ihrer Gesamtheit auf den befriedigenden Verpfänder übergehen lassen müssen. Die Eigenschaft der Solidarhaftung mehrerer Pfänder allerdings nur in dem durch den Abzug des auf ihn selbst entfallenden Anteiles beschränkten Umfange, bleibt also dem eingetretenen Pfandgläubiger gegenüber

---

[1]) „Der Pfandgläubiger kann nur so viele Pfänder zum Verkauf bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind."

[2]) vgl. oben S. 11.

[3]) vgl. Planck a. a. O. 1. und 2. Aufl. zu § 426 unter Ziffer 3: „er (der befriedigende Gesamtschuldner) kann von jedem der Gesamtschuldner nur denjenigen Betrag fordern, welchen er auch ohne Übergang der Forderung des Gläubigers zu fordern berechtigt gewesen wäre."

gewahrt, während sich bei der Mitbürgschaft die ursprüngliche Gesamtschuld beim Übergang auf den eingetretenen Bürgen den anderen gegenüber in mehrere Einzelforderungen auflöst. A kann sich also in dem angegebenen Beispiel nur an eines der beiden anderen Pfänder halten, an welches bleibt gemäß § 1230 S. 1 wiederum seiner Wahl überlassen; demgemäß kommen wir hier zu einem, bei der Mitbürgschaft abgelehnten Sukzessiv- oder Staffelregreß.

An diesem Verteilungsmodus braucht auch für den Fall nichts geändert zu werden, daß das eine der Pfänder die Forderung in einem größerem Maße durch höheren Wert sichert, als die anderen dieses tun. Denn es haften hier doch alle Pfänder dem ursprünglichen Gläubiger nur bis zum Betrage der Schuld, und auch ein diesen Betrag an Wert erheblich übersteigendes Pfand, kann von seinem Besteller durch Zahlung des Schuldbetrages ausgelöst werden. Aus diesem Grunde kann bei der Verteilung der Haftungslast hier der etwaige höhere Wert eines Pfandes nicht weiter in Betracht kommen.[1])

Für die Forderung des X an Y von 120 hat A ein Pfand im Werte von 150, B im Werte von 40 bestellt. Hier ist die Anwendung des aufgestellten Satzes nicht mehr möglich; denn da der danach auf einen jeden fallende Teil von 60 durch das von B bestellte Pfand keine vollständige Deckung findet, so muß in diesem Falle A, wenn er die Ablösungszahlung vornimmt, den daran fehlenden Betrag von 20 auch noch selbst tragen. Von einer gleichmäßigen Tragung der Schuldlast seitens A und B kann also keine Rede sein, denn A kann sich nur an das von B bestellte Pfand halten, ein weiter gehender persönlicher Anspruch von 20 steht ihm gegen B nicht zu, letzterer würde dagegen in Höhe von 60 Ersatz verlangen können.

Wenn nun bei dieser Sachlage auch eine gleichmäßige

[1]) Koban a. a. O. S. 184.

Verteilung der Schuldlast unter die Verpfänder nach Kopfteilen nicht möglich ist, so wird man doch die nach der vorstehenden Berechnungsweise erzielte ungleiche Verteilung nicht gutheißen können.

Man wird in diesem Falle der Berechnung des Betrages, bis zu dem die einzelnen Pfandsachen von dem den Gläubiger befriedigenden Verpfänder herangezogen werden können, nicht die Zahl der Mitverpfänder, sondern den Wert der von ihnen bestellten Pfänder zugrunde legen müssen.[1]) Daß Dernburg bereits für das gemeine Recht immer Verteilung nach dem Werte der Pfänder eintreten lassen will, ist schon früher erwähnt worden.[2]) Die gleiche Ansicht wird für das heutige Recht von Martinius[3]) vertreten. Er geht davon aus, daß beim Zusammentreffen teilweiser und vollständiger Bürgschaftsübernahme für dieselbe Forderung Mitbürgschaft nur in Höhe des niedrigeren verbürgten Betrages vorliege und will ein ihr entsprechendes Verhältnis bei der Mitverpfändung deshalb auch immer nur in Höhe des Wertes der minder wertvollen Pfandsache annehmen. Die Pfandhaft dieser letzteren beschränke sich auf ihre ideelle Hälfte, das Pfandrecht an der wertvolleren Sache, welches der Eigentümer der minder wertvollen durch Befriedigung des Gläubigers zusammen mit der Hauptforderung erwerbe, sei auf denjenigen ideellen Teil jener Sache zu beschränken, welcher sich ergebe, wenn man von ihrem Wert den halben Wert der minder wertvollen Sache abziehe und den Rest als Zähler, den Wert der wertvolleren Sache aber als Nenner eines Bruches einstelle.

Aber auch diese etwas verwickelte Berechnungsweise führt bei unserem Beispiel zu keinem vernünftigen Ergebnis, denn darnach würde dem B, wenn er den Gläubiger

---

[1]) vgl. Koban a. a. O. S. 200, 185.
[2]) vgl. oben S. 12.
[3]) DJZ. VIII S. 543.

durch Zahlung von 120 befriedigt, das von A bestellte Pfand zu $\frac{150-20}{150} = \frac{13}{15}$ haften, das entspricht aber einer Summe von 130, also 10 mehr als die ursprüngliche Forderung betrug. B würde demnach nicht nur keinen Teil der Schuld selbst tragen, sondern sogar auf Kosten des A ein reines Plus erzielen, ein gewiß unannehmbares Resultat. Überhaupt kommt bei Anwendung der von Martinius vorgeschlagenen Berechnungsweise immer derjenige, der die minder wertvolle Sicherheit bestellt hat, zu gut weg. Es kommt dieses daher, daß er sowohl bei der Mitbürgschaft, wie auch bei der Mitverpfändung den Besteller der geringeren, die Forderung nicht deckenden Sicherheit, wenn er den Gläubiger vollständig befriedigt, neben der Hauptforderung auch die anderen Sicherungen ex jure cesso vollständig erwerben läßt. Dem kann nicht beigestimmt werden. Er gibt folgendes Beispiel: Für die Forderung des X an Y von 9000 hat A die Bürgschaft in Höhe von 9000, B in Höhe von 2000 übernommen, dann liege Mitbürgschaft nur in Höhe von 2000 vor. Für 7000 sei A einfacher Bürge, daraus folge dann, daß, wenn A die Schuld des X an Y mit 9000 bezahle, B ihm 1000 zu erstatten habe. Bezahle aber letzterer die Schuld, so habe er gegen A einen Anspruch auf Erstattung von 8000, und zwar 7000 von A als Bürgen ex jure cesso (§§ 774 Abs. 1, 412, 401) und 1000 von ihm als Mitbürgen auf Grund der §§ 774 Abs. 2, 426. Martinius übersieht hierbei, daß nur A über den, den Gegenstand der Mitbürgschaft bildenden Betrag hinaus als Bürge haftet, bei B dagegen Bürgschafts- und Mitbürgschaftsverpflichtung den gleichen Umfang haben. Befriedigt also B den X vollständig, so zahlt er die über die von ihm übernommene Bürgschaft hinausgehende Summe von 7000 gar nicht in der Eigenschaft als Bürge, sondern als Dritter. Dieses ist gemäß § 267 BGB. an sich zulässig, soweit nicht etwa nach dem zwischen X und Y bestehenden Vertrage, letzterer in

Person zu leisten hat, B erwirbt aber damit keineswegs ex jure cesso die Hauptforderung auch bezüglich dieser Zahlung und ebensowenig auch die dafür bestellten Sicherheiten. B hat in diesem Falle nicht einmal das Recht, gegen Bewirkung der Leistung Abtretung der Forderung, und der für sie bestellten Sicherheiten von dem befriedigten Gläubiger zu verlangen,[1]) denn nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuch geht nicht auf jeden, der den Gläubiger befriedigt, die Forderung über, sondern der Kreis derer, welche zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt sind, und auf welche inolgedessen die Forderung und damit die für sie bestellten Sicherheiten übergehen, ist jetzt durch das Gesetz scharf und ziemlich eng gezogen.[2])

Dementsprechend erwirbt, wenn A und B für diese Forderung Pfänder im Werte von 9000 bezw. 2000 bestellt haben, B durch die Befriedigung das Gläubigers auch nicht das Pfandrecht an der wertvolleren Sache des Mitverpfänders A in Höhe der von ihm geleisteten Zahlung, sondern nur in Höhe des den Gegenstand der Mitverpfändung bildenden Betrages, was hier 2000 sein würden,

---

[1]) vgl. Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 267.

[2]) Das ALR., welches ebenfalls auf dem Standpunkte stand, daß im allgemeinen jeder Dritte zur Begleichung fremder Schulden berechtigt sei, knüpfte in § 46 I, 16: „Überhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers“ daran auch den für das BGB. zu verneinenden gesetzlichen Forderungsübergang auf den Dritten. Das BGB. läßt diese weitergehende Folge nur in den Fällen der §§ 268, 1150 und 1249 eintreten. Voraussetzung ist hier immer ein besonderes Interesse des Dritten an der Befriedigung des Gläubigers; in den beiden ersten Fällen muß nämlich der zahlende Dritte realberechtigt oder Besitzer der Sache sein, während im Falle des § 1249 nur dem Realberechtigten ein Lösungsrecht zuerkannt ist und weiter hat der Dritte immer erst beim Vorliegen der Voraussetzung des § 268 Abs. 2, 3 das Recht zur Befriedigung des Gläubigers mit der Wirkung, daß dadurch die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes auf ihn übergeht.

so daß das von dem einen bestellte Pfand hier dem anderen immer nur in Höhe von 1000 haften würde.

Man wird also für den Fall, daß eines der für dieselbe Forderung bestellten Pfänder, diese durch seinen Wert nicht vollständig deckt, den oben aufgestellten Satz wohl noch dahin einschränken müssen, daß dann der Anteilsberechnung für die Haftung jeder einzelnen Pfandsache gegenüber dem den Gläubiger befriedigenden Drittverpfänder, immer nur der Wert der minder wertvollen Pfandsache zugrunde zu legen ist.

Aber auch dann wird sich die Verteilung der Haftungslast nicht immer in der eben angegebenen Weise durchführen lassen, wenn nämlich die anderen Pfänder noch für weitere Forderungen des ursprünglichen Gläubigers haften, weil entsprechend dem alten Satze „nemo subrogat contra se," die Subrogation nicht zu seinem Nachteile geltend gemacht werden darf.

II. Der gegenseitige Regreß ungleichartiger Sicherungsverpflichteter.

Wie bereits in der Einleitung erwähnte wurde, kann dieselbe Forderung auch gleichzeitig durch Bürgschaft und Pfand- bezw. Hypothekbestellung gesichert werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt diesen Fall des Zusammentreffens von Personal- und Realkaution seitens Dritter überhaupt nicht, wenigstens nicht die sich im Anschluß an eine derartige mehrfache Sicherstellung ergebende, hier allein interessierende Frage nach der Verteilung der Schuldlast unter die mehreren ungleichartigen Sicherungsverpflichteten, wenn bei Insolvenz des Hauptschuldners einer von ihnen den Gläubiger befriedigt. Die Möglichkeit des gleichzeitigen Vorhandenseins von Personal- und Realsicherheit wird allerdings vom Gesetz im § 401 erwähnt, wo gesagt ist, daß mit der abgetretenen Forderung die

Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger übergehen sollen.

Die Frage nach dem Übergang der für eine Forderung bestellten Nebenrechte auf den den Gläubiger befriedigenden Sicherungsverpflichteten ist bereits im römischen Recht an mehreren Stellen erörtert worden. Ihre Beantwortung ist jedoch für das ältere und für das Justinianische Recht eine verschiedene. Nach ersterem konnte der den Gläubiger befriedigende Bürge von diesem auch die Zession der Ansprüche auf Pfänder verlangen, die sich im Besitze eines Dritten befinden.[1]) Wie Knorr[2]) ausführt, ging man davon aus, daß er sich gerade auch mit Rücksicht auf die Pfänder verbürge, und ferner abgesehen hiervon überwiegende Billigkeit dafür spreche, dem Bürgen einen solchen Zessionsanspruch zu gewähren.[3]) Daraus ergibt sich dann, daß umgekehrt der Pfandbesitzer Zession der Forderungen an die Bürgen nicht verlangen kann.

Für das spätere Recht ist hierin aber durch die Novelle 4, welche diese Frage bereits als eine schwierige und zu vielem Streite Anlaß gebende bezeichnet, Wandlung geschaffen. Es soll nämlich nach ihrer Bestimmung dem Gläubiger zunächst der Hauptschuldner, dann der Bürge und an letzter Stelle der dritte Pfandbesitzer haften. Aus dieser Haftung der Sicherungsverpflichteten an verschiedener Stelle ergibt sich dann, daß der zahlende Bürge nun keine Zession von Pfandansprüchen gegen dritte Pfandbesitzer

---

[1]) l. 2, 11, 21 C. de fidejuss. 8, 41 (40).

[2]) Arch.ziv. Prax. Bd. 28 S. 170ff.

[3]) Doch will Knorr diese dem Bürgen günstige Regelung nur dann eintreten lassen, wenn das Pfand bereits vor Übernahme der Bürgschaft bestellt war, nicht dagegen, wenn es dem Gläubiger erst nachher bestellt ist; es handele sich dann um eine res inter alios acta, nur die Vertragschließenden würden dadurch gebunden und für den Bürgen könnten aus dem Verpfändungsvertrag weder Verpflichtungen noch Berechtigungen entspringen. Dagegen Girtanner a. a. O. S. 534.

mehr verlangen kann, wohl aber der Pfandbesitzer Abtretung der Forderungen gegen die Bürgen.[1])

Da nun das heutige Recht eine derartige Verschiedenheit in der Reihenfolge der Haftung ungleichartiger Sicherungsverpflichteter gegenüber dem Gläubiger nicht mehr kennt, so ist damit auch die vorstehende Regelung ihres Regreßanspruchs hinfällig geworden.

Ist nun für dieselbe Forderung gleichzeitig Bürgschaft übernommen und von nicht persönlich haftenden Dritten ein Pfand bezw. eine Hypothek bestellt, so ist jetzt allen diesen Sicherheitsbestellern, wie bereits in den früheren Abschnitten gesagt ist, das Recht eingeräumt, den Gläubiger unter gewissen allgemeinen Voraussetzungen zu befriedigen und in allen drei Fällen hat diese Befriedigung die Wirkung, daß damit die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen (§ 774 Abs. 1 S. 1), sowie auf den Hypothekenbesteller (§ 1143 S. 1) bezw. auf den Drittverpfänder (§ 1225 S. 1) ohne weiteres übergeht. Mit dieser cessio legis oder wie das Bürgerliche Gesetzbuch ungenau sagt „Übertragung der Forderung kraft Gesetzes" (§ 412)[2]) ist aber nach den Bestimmungen der §§ 412 und 401 auch der Übergang der für die Forderung bestehenden Hypotheken oder Pfandrechte, sowie der Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft verknüpft.

Dieser Satz gilt ganz allgemein, es ist vom Gesetz in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, daß dieser Übergang der Nebenrechte nur dann stattfinden solle, wenn der durch die Sicherung Verpflichtete der Cessus selbst ist, nicht aber, wenn ein Dritter die Sicherung bestellt hat.

---

[1]) vgl. **Dernburg**, Pfandrecht a. a. O.

[2]) Der Ausdruck „Übertragung" ist insofern ungenau, als dieser begrifflich einen Zedenten voraussetzt, welcher hier nicht vorhanden ist, da die Subrogation in die alten Gläubigerrechte ipso jure ohne ausdrückliche Zession erfolgt, man deshalb genau genommen hier nur von einem „Übergang" sprechen kann (vgl. auch BGB. § 1251 Abs. 2).

Dieser besonders von Breit[1]) vertretenen und ausführlich von ihm begründeten Ansicht kann auf Grund der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen nicht beigetreten werden. Nach diesen ergibt sich vielmehr zunächst der Satz, daß der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt, das Pfandrecht an der Sache und die Hypothek an dem Grundstück eines Dritten erwirbt, daß ferner auf den nicht persönlich haftenden Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, der den Gläubiger befriedigt, das Recht gegen einen Bürgen und das Pfandrecht an der Sache eines Dritten übergeht, und daß schließlich auch der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder das Recht gegen einen Bürgen und die Hypotheken am Grundstück eines Dritten erwirbt.

Für den zunächst zu betrachtenden Fall des Zusammentreffens von Bürgschafts- und Pfandrechtsbestellung glaubt Strohal[2]) die aus dem vorstehenden Satze sich ergebende Konsequenz, daß bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners für die Entscheidung der Frage, wer von diesen beiden Sicherungsverpflichteten im internen Verhältnis die Schuld zu tragen hat, lediglich der Umstand entscheidend ist, wer von ihnen den Gläubiger befriedigt, da der Zuvorkommende sich an die von den anderen bestellte Sicherheit halten kann, ablehnen zu müssen. Nach Strohals Ansicht darf das dem Bürgen gemäß den §§ 774, 776 zustehende Regreßrecht wegen der auch sonst ihm vom Gesetz gewährten privilegierten Stellung niemals eine Verkürzung erfahren. Er will dem den Gläubiger befriedigenden Bürgen deshalb auch immer das Recht zubilligen, die Last der Schuld, so weit es der Wert des Pfandes erlaubt, auf dieses abzuwälzen. Wenn also auch an sich der Drittverpfänder nach bewirkter Einlösungszahlung, das nach § 1225 auf ihn übergegangene Recht des befriedigten Gläu-

[1]) In Gruchots Beiträgen 1904 S. 283ff.
[2]) DJZ. 1903 S. 373ff.

bigers gegen den Bürgen geltend machen kann, so trete letzterer mit Befriedigung des Pfandeigentümers doch immer in das gemäß § 1256 Abs. 2 fortbestehende Pfandrecht ein und erleide somit keine Beeinträchtigung der ihm durch das Gesetz garantierten Rechtsstellung.

Dieser Ansicht, nach der also im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder mit Rücksicht auf die §§ 776, 1256 BGB. immer der letztere den „leidtragenden Teil" abzugeben hat, haben sich auch Martinius,[1]) Böthke[2]) und Koban[3]) angeschlossen.

Gegen eine derartige Auslegung der §§ 776 und 1256 walten jedoch verschiedene Bedenken ob. Der Eigentümer der Pfandsache ist, wie bereits mehrfach erwähnt, an sich weder dem Gläubiger zur Zahlung der Schuldsumme, noch dem Bürgen zum Ausgleich verpflichtet, es besteht zwischen diesen beiden Sicherungsverpflichteten kein Gesamtschuldverhältnis. Befriedigt daher der Pfandbesteller den Gläubiger, so tut er dies lediglich in seinem Interesse, vielleicht um die für ihn einen besonderen Wert besitzende Pfandsache auszulösen, und bringt gemäß § 1256 Abs. 1 das an ihr bestehende Pfandrecht des Gläubigers zum Erlöschen. Er hat in diesem Normalfalle, wenn keine anderen Pfandrechte an der Sache bestehen, durchaus kein rechtliches Interesse i. S. des § 1256 Abs. 2 an dem Fortbestehen jenes Pfandrechts. Es kann demnach auch keine Rede davon sein, daß der von dem Pfandeigentümer in Anspruch genommene Bürge dann noch in das frühere Gläubigerpfandrecht eintreten könne, da dieses eben durch confusio mit dem Eigentum untergegangen ist.[4]) Andererseits tritt aber auch auf Grund des § 776 Satz 1 bei Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder keine Befreiung des

[1]) a. a. O. S. 543 ff.

[2]) in Gruchots Beiträgen 1903 S. 859.

[3]) a. a. O. S. 210.

[4]) vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl. 2 S. 932 Anm. 12.

Bürgen ein, denn dort ist nur davon die Rede, daß der ursprüngliche Gläubiger ein Pfandrecht zum Nachteil des Bürgen aufgibt, also ohne daß er von dem aus der Verbindlichkeit entlassenen Verpfänder dafür irgend ein Äquivalent erhält, während hier der Sicherungsverpflichtete diese Entlassung gewissermaßen durch die Befriedigung des Gläubigers erkauft, indem er die ganze Schuld zunächst auf sich nimmt. Aus demselben Grund ist auch die noch weitergehende von Lippmann[1]) vertretene Absicht abzulehnen, daß die Befreiung des Bürgen mit dem gesetzlichen Übergang der Hauptforderung auf den nicht persönlich haftenden Pfandeigentümer sich unmittelbar aus § 776 ergebe.

Auf dem gleichen Standpunkt wie Strohal steht auch noch Crome[2]), der ebenfalls, allerdings ohne weitere Begründung, annimmt, daß, wenn das Pfandrecht durch die vom Verpfänder bewirkte Zahlung im Wege der confusio nach § 1256 erloschen ist, der Bürge damit befreit ist, und der Verpfänder nur so gegen den Bürgen Regreß nehmen kann, daß er diesem die Erholung aus dem Pfande offen hält. Wie dieses, wo doch nach Erlöschen des Pfandrechts auch gar keine Pfandsache mehr vorhanden ist, möglich sein soll, wird weiter nicht gesagt.

Der von den im vorstehenden erwähnten Schriftstellern vertretenen Ansicht, daß der Bürge gegenüber dem Drittverpfänder privilegiert sei, ist Breit[3]) entgegengetreten, indem er, ausgehend von dem bereits oben[4]) angeführten und abgelehnten Satze, daß in den Fällen der §§ 774, 1143, 1225 mit der Hauptforderung zunächst nur die von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheiten auf den befriedigenden Sicherungsverpflichteten übergingen, die Frage, ob weiter der zahlende Bürge sich an das Pfand, oder der

[1]) Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 51 S. 180 ff.
[2]) System des bürgerlichen Rechts 3 S. 851 Anm. 29.
[3]) a. a. O. S. 284, 291.
[4]) S. 31.

zahlende Verpfänder an den Bürgen halten dürfe, ausschließlich nach dem zwischen ihnen bestehenden internen Verhältnis beantwortet wissen will. Falls es aber an einer solchen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung über das Ausgleichungsverhältnis fehlt, so sind seiner Meinung nach nur zwei Lösungen möglich. Entweder man stelle sich auf den formalen Standpunkt, daß eine Ausgleichungspflicht zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten ohne besondere Abmachung nur in den vom Gesetz statuierten Fällen der §§ 774, 1225 bestehe, dann könne in anderen Fällen derjenige von ihnen, der den Gläubiger befriedige, die Zahlung nicht auf die Genossen abwälzen. Oder man erblicke in jenen beiden Paragraphen den Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß mehrere Sicherungsverpflichtete unter einander im Zweifel zum Ausgleich verpflichtet seien. Ob jemand als Bürge, Hypotheken- oder Pfandschuldner zahle, sei wirtschaftlich gleichgültig; gebiete es in dem einen Falle (Mitbürger, Mitverpfänder) die Billigkeit, einen Ersatzanspruch gegen den Mitverpflichteten zu gewähren, so auch im anderen. Die rechtliche Verschiedenheit der einzelnen Institute sei dabei belanglos.

Wenn nun das nach dieser zweiten Ansicht sich ergebende Resultat zunächst als annehmbar erscheint, indem es durchaus der Billigkeit entsprechen würde, daß die mehreren, an sich ganz gleich gestellten Sicherungsverpflichteten die Last zu gleichen Teilen trügen, so läßt sich doch auf Grund der vorhandenen Bestimmungen ein derartiger allgemein gültiger Satz nicht aufstellen. Man muß auch immer daran denken, daß heute diejenigen, die in der Rechtsprechung das Gesetz anzuwenden haben, nicht mehr die Stellung eines römischen Prätors einnehmen, der allerdings die Macht besaß, durch Verleihung entsprechender Klageformeln, dem freien Billigkeitsrecht zum Siege über das ältere, strenge Recht zu verhelfen (juris civilis adjuvandi, supplendi et corrigendi gratia), sondern sich unbedingt an die gesetzlichen Vorschriften zu halten

haben. Diese lassen aber ohne besondere Vereinbarung über den Ausgleichungsanspruch einen solchen nur in den Fällen der §§ 744, 1225 zu.

Die vorstehende von Breit vorgeschlagene Lösung hält auch Bendix[1]) für annehmbar und im Resultat ebenfalls auf Grund allgemeiner Billigkeitserwägungen für die allein mögliche. Er ist jedoch mit der von Breit gegebenen Begründung nicht einverstanden, er will den § 426 BGB. unmittelbar angewandt wissen, da nach seiner Meinung die hier in Frage kommenden mehreren Sicherungsverpflichteten zu dem Gläubiger in einem Gesamtschuldverhältnisse stehen, kraft dessen jeder von ihnen den anderen gegenüber zu gleichen Anteilen verpflichtet, die Leistung anteilsmäßig zu bewirken gehalten ist. Im Zweifel sei deshalb immer der Regreß auf den Kopfteil begründet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die mehreren Sicherungen gemeinschaftlich, mit Rücksicht aufeinander oder unabhängig voneinander bestellt seien. Auf diesem Wege eine anteilige Haftung ungleichartiger Sicherungsverpflichteter zu konstruieren, ist deshalb nicht angängig, da eben nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Rede davon sein kann, daß sie in einem Gesamtschuldverhältnis i. S. der § 420 ff. BGB. stehen. Im einzelnen kann hier auf das oben über Stellung einer Mehrheit von Drittverpfändern gegenüber dem Gläubiger Gesagte verwiesen werden.[2])

Die Ansicht, daß mehrere Sicherungsverpflichtete mangels abweichender Vereinbarung immer zur anteilsmäßigen Ausgleichung verpflichtet sind, läßt sich also weder mit Breit aus den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 noch mit Bendix aus dem § 426 herleiten. Letzteren beiden Schriftstellern gegenüber hat neuerdings Planck[3]) die

---

[1]) Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25. Heft 3 S. 84 ff.

[2]) vgl. oben S. 17.

[3]) Komm. zum BGB. 3. Aufl. § 1225.

Ansicht vertreten, daß bei entsprechender Anwendung des im § 774 Abs. 2 in bezug auf das Recht gegen einen Mitbürgen ausgesprochenen Satzes, in § 1225 hier nur die Wahl bleibe, entweder diesen Satz auf alle bei Planck in vorstehendem bezeichneten Nebenrechte (Bürgschaften, Hypotheken und Pfandrechte) entsprechend anzuwenden, oder aber seine entsprechende Anwendung überhaupt für ausgeschlossen zu erachten. Planck spricht sich für die erstere Alternative aus und kommt demgemäß für das Verhältnis des Drittverpfänders gegenüber anderen Sicherungsverpflichteten zu dem Satze, daß alle jene dritten Personen gegenüber bestehenden Nebenrechte des ursprünglichen Gläubigers bei seiner Befriedigung durch einen Drittverpfänder auf diesen nur insoweit übergehen sollen, als er von den Dritten Ausgleichung verlangen könne, mithin, da eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter den ungleichartigen Sicherungsverpflichteten nicht bestehe, nur dann, wenn eine solche durch besondere Vereinbarung ausdrücklich begründet worden sei. Er geht damit also über seine frühere Ansicht,[1]) daß nur im Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen und auch hier nur zum Nachteil des ersteren ein gemäß § 426 beschränkter Übergang der Sicherung stattfinden solle, hinaus. Andererseits stellt er jedoch nunmehr ausdrücklich in Abrede, daß man auf Grund des von ihm aufgestellten Satzes auch für das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder bezw. dritten Hypothekenbesteller, oder für das Verhältnis zwischen nicht persönlich haftenden Hypothekenbesteller und Bürgen bezw. Drittverpfänder nur einen derartigen beschränkten Übergang der Nebenrechte annehmen dürfe. Eine derartige Analogie glaubt er auf Grund der §§ 774 Abs. 1, 1143 S. 1 in Verbindung mit den §§ 412 und 401 ablehnen zu müssen. Aus diesen Paragraphen ergebe sich schlechthin der unbeschränkte Übergang der Nebenrechte, da dieser

[1]) 1., 2. Aufl. § 1225.

im Falle des § 774 nur bezüglich des Rechts gegen einen Mitbürgen durch den Abs. 2 beschränkt werde und im § 1143 ausdrücklich nur § 774 Abs. 1, der Abs. 2 dagegen überhaupt nicht für entsprechend anwendbar erklärt sei.

Der für diese beiden Kategorien Sicherungsverpflichteter von Planck anerkannte Satz des unbeschränkten Übergangs der Nebenrechte muß aber m. E. in genau der gleichen Weise auf Grund des § 1225 S. 1 in Verbindung mit den §§ 412 und 401 für den Drittverpfänder aufgestellt werden. Denn genau dem § 1143 entsprechend:

> „Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über",

lautet der § 1225 in seinem ersten Satze:

> „Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über."

Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb auf den nicht persönlich haftenden Hypothekenbesteller die Nebenrechte unbeschränkt, auf den Drittpfänder aber nur in dem angegebenen beschränkten Umfange übergehen sollen. Denn lediglich aus dem Umstande, daß im § 1225 S. 2 auf § 774 Bezug genommen wird, herzuleiten, daß auf das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen die für eine Mehrheit von Bürgen gegebenen Bestimmungen ohne weiteres angewendet werden sollen, und daß danach der Drittverpfänder gegen einen Bürgen nur wie dieser gegen einen Mitbürgen Regreß nehmen kann, erscheint nicht angängig. Durch diese Bezugnahme wird nicht zum Ausdruck gebracht, daß Bürgen und Drittverpfänder in einem Mitbürgenverhältnis zueinander stehen, sondern nur, daß die Art der Haftung der Mitbürgen in entsprechender Form auch für eine Mehrheit von Drittverpfändern gelten soll. Allein dieser Fall des Vorhandenseins mehrerer gleichartiger Sicherungsverpflichteter hat, wie im § 774

Abs. 2 und im § 1143 Abs. 2 auch im § 1225 S. 2 geregelt werden sollen. Hat der Drittverpfänder den Pfandgläubiger befriedigt, so besteht demnach sowohl der Bürgschaftsanspruch wie auch der Anspruch gegen den nicht persönlich haftenden Hypothekenbesteller in unverändertem Maße fort. Eine Haftungsbeschränkung dieser übrigen Sicherungsverpflichteten, wie Planck sie annimmt, nur gegenüber dem Drittverpfänder, hätte das Gesetz an den in Frage kommenden Stellen im Bürgschafts- und Hypothekenrechte sicher deutlicher zum Ausdruck gebracht, als bloß durch die eine Bezugnahme auf § 774 im Pfandrechte. Es kommt noch hinzu, daß durch diese Bezugnahme das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und dem nicht persönlich haftenden Hypothekenbesteller überhaupt nicht berührt wird, wollte man deshalb auch den Bürgen dem Drittverpfänder nur in dem durch das Vorhandensein eines Ausgleichungsanspruches beschränktem Umfange haften lassen, so müßte doch jedenfalls der Drittverpfänder, ebenso wie der Bürge, sich an das von einem Dritten verpfändete Grundstück halten dürfen. Die §§ 1143 und 1225 stehen in dieser Beziehung in gar keinem Zusammenhang zueinander, sie haben nur das gemein, daß in beiden auf den Abs. 1 des § 774 Bezug genommen wird, dort gelangt aber nur der alte Satz „nemo subrogat contra se“ zur gesetzlichen Anerkennung und die Bestimmung, daß bei Befriedigung des Gläubigers durch den Sicherungsverpflichteten, Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Sicherungsverpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt bleiben. Über die Beziehungen mehrerer gleichartiger oder ungleichartiger Sicherungsverpflichteter zueinander wird durch die gemeinsame Inbezugnahme des Abs. 1 § 774 gar nichts bestimmt, und es ist deshalb auch nicht einzusehen, warum der Drittverpfänder sich nur dann an das von einem nicht persönlich haftenden Dritten verpfändete Grundstück soll halten können, wenn er gegen diesen einen Ausgleichungsanspruch

hat, letzterer aber auch ohne einen solchen an das von dem Drittverpfänder bestellte Pfand.

Für das Verhältnis zwischen Drittverpfänder und Bürgen kommt schließlich noch folgendes in Betracht. Ein eine gesetzliche Ausgleichungspflicht unter ihnen begründendes Rechtsverhältnis besteht, wie wir oben gesehen haben und von der großen Mehrheit der Schriftsteller auch zugegeben wird, nicht. Bei dem Bürgen handelt es sich um eine reine obligatorische, beim Drittverpfänder nach Bestellung des Pfandes um eine rein dingliche Haftung; namentlich dem Bürgen gegenüber stellt sich nun aber die Regelung einer teils obligatorischen, teils dinglichen Haftung nach gleichen Anteilen als etwas durchaus Ungewöhnliches dar, hätte das Gesetz eine solche anteilsmäßige Haftung von Verpfänder und Bürgen untereinander gewollt, so hätte dieser Wille nach beiden Seiten hin erklärt werden müssen.[1]) Daraus, daß im § 1225 auf den ganzen § 774 Bezug genommen wird, kann dieses, wie gesagt, nicht gefolgert werden.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß mangels abweichender Vereinbarung von den gleichartigen Sicherungsverpflichteten Mitbürgen und mehrere Drittverpfänder die Schuldlast im allgemeinen[2]) ihrer Kopfzahl entsprechend, im Regreßwege auf die Mitverpflichteten verteilen können, daß dieses dagegen im Falle der Gesamthypothek nicht möglich ist, vielmehr der allein in Anspruch genommene Hypothekenbesteller die gesamte Schuldlast zu tragen hat, und daß bei dem gleichzeitigen Vorhandensein von Bürgen, Pfand- und Hypothekenbestellern jeder dieser Sicherungsverpflichteten sich in vollem Umfange an die von den anderen bestellten Sicherheiten halten kann.

Von einer Verteilung der Schuldlast kann in diesem

---

[1]) vgl. Sellner a. a. O.

[2]) Ausnahme: wenn eines der mehreren Pfänder nicht den ganzen Betrag der Schuldsumme deckt, vgl. oben S. 29.

letzteren Falle keine Rede sein; gegenseitige Ausgleichungsansprüche bestehen zwischen den mehreren ungleichartigen Sicherungsverpflichteten allerdings nicht. Damit ist aber durchaus noch nicht gesagt, wie Scherer[1]) annimmt, daß diese gesetzlich überhaupt keinerlei Rechte gegeneinander haben. Befriedigt einer von ihnen den Gläubiger, so tritt er damit in dessen Stellung auch gegenüber den anderen ein, einer besonderen Zession der Sicherungen seitens des letzteren bedarf es nicht.

Beim Vorhandensein ungleichartiger Sicherungen ist also keine besondere Vereinbarung nötig, um einen Regreß gegen die anderen Sicherungsverpflichteten zu schaffen, sondern im Gegenteil, nur um den Regreß des Befriedigenden auf einen bestimmten Betrag einzuschränken.

[1]) Scherer, Die ersten Jahre des BGB. S. 629 II.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.